



Roj: **STS 283/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:283**

Id Cendoj: **28079130052017100034**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **1607/2015**

Nº de Resolución: **219/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 219/2017

Fecha de sentencia: 09/02/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1607/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

Transcrito por: MAS Nota:

Resumen

Responsabilidad Patrimonial

RECURSO CASACION núm.: 1607/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 219/2017

Excmos. Sres.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. César Tolosa Tribiño

D. Mariano de Oro Pulido y López

En Madrid, a 9 de febrero de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1607/15 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la Sentencia de 18 de febrero de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso núm. 273/13. Ha sido parte recurrida la representación procesal de Cepsa Gas Licuado, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de Audiencia Nacional dictó sentencia el 18 de febrero de 2015 cuya parte dispositiva dice: «ESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº 273/2013 interpuesto por la representación procesal de CEPSA GAS LICUADO, S.A. contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que anulamos por su disconformidad a Derecho; y, en consecuencia, declaramos el derecho de la entidad recurrente a ser indemnizada por los periodos reclamados y en concepto de daños y perjuicios en la suma de cuarenta y seis millones quinientas noventa y una mil trescientos setenta y dos euros con setenta y ocho céntimos de euro (46.591.372,78 €) con los intereses legales desde el 31 de marzo de 2012, condenando a la Administración al pago de dicha cantidad y sin imposición de costas. Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste»

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación del recurrente se formuló escrito de preparación del recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, formulando escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que considera oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución presunta que la misma dejó sin efecto.

CUARTO.- La Sala acuerda la admisión a trámite del recurso interpuesto, llevándose a cabo según consta en autos. La parte recurrida formaliza escrito de oposición en el que termina suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se acuerde la desestimación íntegra del referido recurso de casación e imponga las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- Por providencia se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día **SIETE DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE**, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Abogado del Estado se interpone recurso de casación contra sentencia de 18 de febrero de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por CEPSA GAS Licuado, S.A. contra la denegación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por aplicación de la Orden ITC/2608/2009 de 28 de septiembre, orden que fue declarada nula por sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012.

SEGUNDO.- Por el recurrente se formulan tres motivos de recurso. En el primero, al amparo del art. 88.1.c de la Ley Jurisdiccional, se alega vulneración de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución, 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional, 248.3 de la LOPJ y 218 LECivil, así como de la jurisprudencia que cita, por supuesta falta de motivación de la Sentencia, en lo que considera un "salto en el vacío" en su motivación, pues según el recurrente no es explicable que apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 que anuló la Orden ITC/2608/2009, que señala expresamente que a tal anulación no se le podían dar consecuencias resarcitorias "ex tunc", sin embargo, a continuación reconoce una indemnización automáticamente por la diferencia entre un régimen y el posterior, sin tener en cuenta otros factores mencionados por este Tribunal



Supremo y tomando como base una sentencia también del TS de 15 de octubre de 1990 , sobre rebaja del precio de los medicamentos, que ninguna relación guarda, con el supuesto tratado en la instancia.

En el segundo motivo, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional , se alega vulneración de los arts. 139 , 141 y 142.4 de la Ley 30/92 , por cuanto la Sentencia asume que la anulación de la Orden ITC/2608/2009, presupone derecho a indemnización y se reconoce una indemnización que no se corresponde con tales preceptos. Cuestiona el pronunciamiento de la sentencia de que el daño sea antijurídico, por el solo hecho de que la Orden recurrida fuera nula de pleno derecho, sin más, lo que no puede aceptarse, y más cuando el Tribunal "a quo" se remite a sentencia relativa a dispensación de medicamentos, lo que ninguna identidad guarda, con la determinación del precio máximo de venta antes de impuestos, de los GLP envasados en envases de capacidad de 8 kg. o superior.

En el último motivo, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional , se alega vulneración de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución , por supuesta arbitrariedad en la valoración de la prueba, en concreto la pericial, que se valora sin tener en cuenta más factores que la diferencia entre un régimen y el posterior, asumiendo de forma simplista que la situación de oligopolio ya se tuvo en cuenta en la Orden ITC

1858/2008 y sin dar relevancia alguna a los beneficios obtenidos por la actora. Añade que se está ignorando el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 , y que no se explica en la sentencia por qué se multiplica la diferencia de precios por la misma cantidad que se vendió, asumiendo que se hubiese vendido exactamente la misma cantidad de GLP, con un precio superior, a pesar de que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de junio de 2012 , dijo que se debían tener en cuenta otros elementos de mercado, que podían ser positivos para los operadores, elementos de los que se hace abstracción al valorar la prueba, en la que tampoco se razona por qué la barrera de entrada consistente en el menor margen, no pudo favorecer a Repsol Butano, S.A.

TERCERO.- El primero de los motivos, en el que se alega una supuesta falta de motivación de la Sentencia, ha de ser necesariamente desestimado. A esos efectos hemos de remitirnos previamente a la constante doctrina de esta Sala, que recoge, entre otras innumerables, las Sentencias de 23 de mayo de 2.013 (Rec.3439/2010) y 28 de marzo de 2014 (Rec.3869/2011) que en relación a la exigencia de motivación de las sentencias dice:

«2º) como dijimos en sentencia de esta sección sexta de 18 de julio de 2012 (recurso de casación nº 4247/2009) <<La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero). Motivación a la que expresamente se refiere el art. 120 CE , cuya infracción ahora se invoca. No obstante es significativo que en ninguna norma, ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional, se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial. Cabe, pues, una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo , 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE la que tiene lugar por remisión o motivación aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre). Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre). Interpretación, la anterior, plenamente asumida por este Tribunal en múltiples resoluciones (27 de mayo, 31 de octubre y 25 de noviembre 2003, 28 y 29 de septiembre 2004, 15 de noviembre de 2004)»

Pues bien, de la simple lectura de la Sentencia recurrida, resulta evidente que el Tribunal "a quo" razona los motivos por los que entiende que procede apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. El Abogado del Estado habla de un supuesto "salto en el vacío" en la motivación de la Sentencia, para discrepar de la interpretación que la Sala de instancia hace de la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 . Pero el que no se comparta tal interpretación, el que incluso el propio Abogado del Estado hable de la motivación para decir que "carece de lógica expositiva" y que "produce perplejidad", pone de relieve la existencia de la misma y el cumplimiento de la exigencia legal al respecto. Cuestión distinta es que no se comparta su interpretación jurídica, pero ello en modo alguno implica ausencia de motivación, sino que entroncaría con el fondo de la cuestión debatida, y por tanto, debería examinarse al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional .

CUARTO.- Entiende el Abogado del Estado en su segundo motivo de recurso, que no concurren los requisitos para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial, y ello por cuanto la Sentencia de 15 de octubre de



1990, aludida por el Tribunal "a quo" relativa a la comercialización de medicamentos no es aplicable al caso de autos.

Así las cosas hemos de empezar por referirnos con carácter previo y para su adecuada resolución, a la jurisprudencia reiteradísima de esta Sala sobre la concurrencia de aquellos requisitos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, con especial atención a la vista de los razonamientos de la sentencia de instancia y del motivo de recurso formulado, al requisito de la antijuricidad del daño causado y los supuestos en que existe obligación de soportar este, con detenimiento en casos como el que nos ocupa, de anulación de un acto administrativo, del que cabría tener por derivados los perjuicios por los que se reclama.

Respecto a la primera cuestión, es doctrina jurisprudencial reiteradísima, por todas Sentencia de 28 de marzo de 2014 (Rec.4160/2011) que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

En esa misma línea reiterada jurisprudencia que recoge la Sentencia antes citada, manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuricidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Y también repite la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a la ausencia de antijuricidad del daño, citaremos entre otras, nuestra Sentencia de 19 de febrero de 2008 (Rec.967/2004), y la antes mencionada de 28 de marzo de 2014, donde decimos:

«TERCERO.- Se cuestiona en la primera parte del motivo la apreciación de falta de antijuricidad del daño efectuada en la sentencia de instancia, a cuyo efecto conviene señalar, que con tal requisito se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuricidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuricidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00, que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00). En el mismo sentido, la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, señala: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuricidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la **antijuricidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo**



razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados.»

La Sala de instancia entiende que se ha producido un daño antijurídico, para lo que ciertamente se remite a la doctrina de la Sentencia de 15 de octubre de 1990 , en su fundamento jurídico cuarto, pero también con anterioridad, en su fundamento jurídico segundo, se remite a la Sentencia de 19 de junio de 2012 , que anula la Orden ITC 2608/2009 .

Es decir, el Tribunal "a quo", aunque se remite a la Sentencia de 15 de octubre de 1990 , transcribe también el tenor de la Sentencia de 19 de junio de 2012 , que dice que a la declaración de nulidad de la Orden no se le pueden asignar automáticamente consecuencias resarcitorias "ex tunc", sino que será necesario acreditar que efectivamente se han producido perjuicios como consecuencia de la Orden anulada.

En ningún momento de habla de la obligación de soportar los daños causados, derivados de la anulación, por tanto no se excluye la antijuridicidad del daño, sino que la Sentencia de este Tribunal de 19 de Junio de 2012 , lo que exige es la acreditación de aquellos, de su alcance y cuantía. No deja de ser significativo y en ello ha de darse la razón a la parte recurrida, que el Abogado del Estado se refiera por primera vez en sede casacional, a la ausencia de antijuridicidad del daño, habiéndose limitado en la instancia, en un sucinta contestación a la demanda, a negar la causación de los efectivos perjuicios, sin hacer ninguna mención a la exclusión de la antijuridicidad del daño.

En definitiva en la Sentencia de 19 de Junio de 2012 , a la que se remite el Tribunal "a quo", se señala que a los efectos de cualquier resarcimiento, será exigible que se tengan en cuenta otros factores, así como en su caso de elementos "compensadores".

Y eso es lo que hace la Sala de instancia, cuando en su fundamento jurídico cuarto, apartado 2º, va analizando la prueba pericial practicada, lo que hace de forma más que detallada, y los elementos y factores tenidos en cuenta, tal y como exigía la Sentencia de 19 de junio de 2012, entre los que destacan los ingresos que se hubieran obtenido aplicando el precio máximo fijado en la ITC/1858/2008 y la sustracción que de estos cabría hacer de las cantidades ingresadas en aplicación de la ITC 2608/2009; la situación de oligopolio, la no importación de todo el GLP que se comercializa y las variaciones de los costes de las fluctuaciones del mercado.

Es verdad que esta Sala en algunas Sentencias (por todas la de 5 de Julio de 2007 Rec. 7841/2002) en supuestos de no actualización de precios máximo de GLP, rechazó la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entender que no había un daño antijurídico, pero aquellos eran supuestos distintos al ahora contemplado, pues en ellos el Gobierno en cumplimiento de los objetivos generales de la política económica y en especial a los efectos de la contención de precios, optó por mantener los precios máximos de esos gases sin actualización, lo que es radicalmente distinto al escenario ahora examinado, en que su actualización se realiza incorrectamente y de forma poco razonable, como veremos, por lo que tiene que ser judicialmente anulada.

Si bien puede imponerse un deber de soportar el daño, cuando el Gobierno en el marzo de sus competencia toma una determinada opción de política económica, no cabe por el contrario imponer tal obligación, cuanto la propia Sentencia de 19 de Junio de 2012 , dice en su fundamento jurídico décimo que "no puede admitirse como razonable un precio regulado que impone a los suministradores la venta a pérdidas durante un período prolongado de tiempo", recogiendo además una vulneración del principio de proporcionalidad en la intervención pública en la fijación específica de precios máximos de GLP que se había acordado y que fue objeto de anulación. Previamente la citada Sentencia en su fundamento jurídico noveno, señala que la Orden ITC/2608/2009 no se atiene a la autorización que contiene la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 34/1998 de Hidrocarburos , señalando que se está prescindiendo de fundamentos económicos que deben regir la formación de cualquier "precio" de venta al público de un producto, como es el no imponer a los operadores de un sector, la venta a pérdidas durante períodos prolongados de tiempo, agravando además la situación de falta de competencia, dificultando la incorporación de nuevos operadores alternativos..

Ninguna duda surge del contundente tenor de la Sentencia de 19 de Junio de 2012 , de, que la actuación de la Administración en las Resoluciones impugnadas, excedía los límites de la razonabilidad y ponderación, vulnerando además el principio de proporcionalidad, por lo que no cabe excluir la antijuridicidad de un daño, que ha quedado acreditado, como diremos en el siguiente motivo.

En definitiva, no apreciándose le vulneración de los preceptos que se recogen en el motivo de recurso, este debe ser desestimado, al quedar acreditada la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.



QUINTO.- El Abogado del Estado, en su último motivo de recurso, con cita genérica de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución, se limita a alegar una valoración arbitraria de la prueba practicada, con alegaciones también genéricas sobre la referencia a la situación de oligopolio y a precios de mercado.

Ha dicho esta Sala hasta la saciedad, que, para impugnar la valoración de la prueba por arbitraria, no basta con alegar la supuesta arbitrariedad, sino que es necesario precisar en dónde radica esta, ya que dicha alegación no puede servir para tratar de sustituir la valoración de la prueba hecha por el Tribunal "a quo", por la propia del recurrente.

La Sentencia examina detalladamente las periciales de parte que pone en relación con periciales judiciales practicadas en otros procedimientos, tal y como se ha transcrito, y ante esa extensa argumentación de la Sentencia de instancia, consecuencia lógica de la amplia y detallada prueba pericial, en la que se tienen en cuenta aquellos elementos "correctores" recogidos por la Sentencia de 19 de junio de 2012, el Abogado del Estado se limita a hacer consideraciones abstractas, carentes de cualquier cuantificación o detalle y sin referencia a la específica prueba practicada y a aquellos concretos extremos cuya valoración pudiera resultar arbitraria.

No acreditada pues, ninguna arbitrariedad en la valoración de la prueba, el motivo de recurso debe ser desestimado.

SEXTO.- En atención a todo lo expuesto, procede declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas causadas a la parte recurrente en aplicación del artículo

139.2º de la Ley Jurisdiccional, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el punto 3º del citado precepto legal y teniendo en cuenta las especiales circunstancias que caracterizan este recurso y la dificultad del mismo, señala en 4.000 euros más IVA la cifra máxima que, por todos los conceptos, podrá ser repercutida por la parte recurrida que se personó y ejerció efectiva oposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra Sentencia de 18 de febrero de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su recurso 273/2013, con condena en costas al recurrente en los términos establecidos en el fundamento jurídico sexto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Valverde D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. César Tolosa Tribiño D. Mariano de Oro Pulido y López

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don José Manuel Sieira Míguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.